

ADVOCACIA PLENA: CONVENIÊNCIA E NECESSIDADE PARA OS SERVIÇOS JURÍDICOS DE ESTADO

MARCELLO TERTO E SILVA¹

SUMÁRIO. 1. Introdução: A advocacia como um dos ramos funcionais do Sistema de Justiça. 2. A Advocacia Pública como espécie do gênero Advocacia. 3. Unidade de tratamento entre advogados públicos e privados enquanto exercentes de *Função Essencial à Justiça*. 4. Regime legal de impedimentos e incompatibilidades. 5. Conflito de interesses. 6. Advocacia Plena, razoabilidade na disciplina do regime de trabalho e a falsa moralidade. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO: A ADVOCACIA COMO UM DOS RAMOS FUNCIONAIS DO SISTEMA DE JUSTIÇA

O artigo Art. 133 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, dispõe que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

No Brasil, país com histórico patrimonialista, oligárquico e autoritário, elevou-se o advogado (*vocati ad* ou quem intercede a favor de) a uma parte integrante do Título IV, Capítulo IV, da Constituição da República, ou seja, qualquer que seja seu ministério, encontra-se entre as denominadas Funções Essenciais à Justiça, fruto de uma nova e complexa reestruturação orgânica do Estado que superou o dogma da “tripartição de poderes”, para ditar a especialização de novas funções com independência constitucional.

A partir dessa versão policrática das funções estatais, Diogo de Figueiredo Moreira Neto esclarece que os três tradicionais complexos orgânicos, “Poderes”

¹ Procurador do Estado de Goiás; Presidente da Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF – Anape; Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB; ex-presidente da Associação dos Procuradores do Estado de Goiás – Apeg; ex-conselheiro seccional da OAB/GO; ex-vice-presidente do Tribunal de Justiça Desportiva da Federação Goiana de Futebol; Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT) - Brasília; Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pelo Grupo Atame – Goiânia; Pós-Graduado em Advocacia Pública pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático –IDDE, Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Belo Horizonte; Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pelo Grupo Atame – Goiânia.

(Legislativo, Executivo e Judiciário), não seriam mais os únicos constitucionalmente independentes, passando a coexistir e a se inter-relacionar com novas funções também constitucionalmente independentes.²

Como função essencial à Justiça, a advocacia tem representado um extraordinário avanço no sistema de freios e contrapesos regulador do equilíbrio juspolítico, uma vez que, como regra, a qualidade da atuação eminentemente reativa cometida às funções do Ministério Público, dos tribunais de contas e do Poder Judiciário passa a depender da eficiência da atuação proativa – e agora também preventiva - que deve partir do advogado, através dos serviços públicos de relevante importância social que presta na esfera da tutela dos interesses públicos e privados.

A função que denominaremos aqui advocatícia é devidamente regulamentada pela Lei nº 8.906/1994, na forma do artigo 22, XVI, da Constituição da República, e normatizada e fiscalizada por uma instituição especial muito conhecida da cidadania brasileira: a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público de natureza especial, dotado de personalidade jurídica e forma federativa, cuja finalidade, além de promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos inscritos nos seus quadros, é defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida prestação da justiça, e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

Todas as Funções Essenciais à Justiça são constitucionalmente instituídas horizontalmente, sem hierarquia, não apenas para a tradicional defesa de pessoas, de bens, de interesses e de direitos – funções que milenarmente têm caracterizado a advocacia - como, em acréscimo, para a sustentação dos direitos e garantias fundamentais, funcionando como contrapoderes e, por isso, a cura dos próprios ordenamentos jurídicos que os exprimem, **com ênfase nas características que a própria Constituição da República comete a cada um de seus ramos funcionais.**

Não é à toa que a expressão “membros”, que designa toda pessoa que pertence ou faz parte de uma corporação, sociedade ou agremiação, foi utilizada

² São alguns exemplos, em outros países, desses órgãos constitucionalmente independentes no constitucionalismo comparado pós-moderno: os Bancos Centrais, o Ministério Público ou entidades de fiscalização assemelhadas, os *Ombudsmen* ou ouvidores populares de Estado, as Advocacias de Estado, as Defensorias Públicas, as Cortes de Contas, as Assembleias de Cidadãos e até mesmo Tribunais Constitucionais extrajudiciais, a partir do exemplo da Corte Constitucional da República Federativa da Alemanha.

pelo Conselho Federal da OAB para editar a Súmula nº 02/2009 (p. DJU de 03/03/2010), na qual estendeu a todos os servidores vinculados ao Ministério Público as incompatibilidades aos órgãos e instituições mencionados no art. 28, inc. II, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB, Lei nº 8.906/1994):

Cada uma das três categorias – Magistratura, Advocacia e Ministério Público – embora atuem, todas, no sentido de dar concretude ao ideal de Justiça, tem, cada qual, um campo definido de atribuições, em cuja distinção se verifica, justamente, o equilíbrio necessário para que esse ideal seja atingido, não devendo, pois, serem misturadas ou confundidas, deixando a cargo de uma só pessoa o exercício simultâneo de tais incumbências. São incompatíveis, portanto, para o exercício da advocacia, quaisquer servidores vinculados ao Ministério Público.

Dentro do seu campo definido de atribuições, o advogado público é espécie do gênero Advocacia, distinguindo-se apenas pela natureza do vínculo mantido com o ente cujos interesses patrocina em juízo ou orienta fora dele, pelo processo de seleção mediante concurso público e a forma de organização de cada carreira, estruturada para lhes garantir a imunidade e a independência técnica imprescindíveis à preservação dos padrões de juridicidade norteadores da Administração Pública pós-moderna: legalidade, legitimidade e licitude.

A função do advogado público não se distingue do advogado considerado como gênero, ou seja, de postular junto aos órgãos do Poder Judiciário e dos juizados especiais, e de prestar serviços de consultoria, assessoria e direção jurídicas. Por esse motivo, todos os advogados, públicos ou privados, estão sujeitos ao Estatuto da OAB, lei de caráter nacional que confere tratamento uniforme, homogêneo e isonômico à disciplina da atividade profissional em todo o vasto território nacional.

Prova disso é que o artigo 3º, § 1º, do EAOAB, dispõe que o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na OAB, deixando claro que nesse campo de identificação funcional, os advogados públicos, independente de estarem vinculados ou não aos órgãos e carreiras constitucionais previstos nos artigos 131 e 132 da

Constituição da República, exercem atividade advocatícia e, portanto, sujeitam-se ao seu regime, além do regime próprio das leis orgânicas a que se subordinem.

A questão é se a competência das unidades federadas para dispor sobre a organização e funcionamento das respectivas carreiras da advocacia pública pode eximir deveres, suprimir direitos ou impor vedações além daquelas previstas no EAOAB, de modo a descaracterizar a unidade da advocacia, fragilizar as prerrogativas ou comprometer a independência, a credibilidade, o aperfeiçoamento e a segurança do exercício profissional.

Importantíssima a advertência de Paulo Lobo, no seu **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**, Saraiva, 5ª ed., 2009, no sentido de que é importante pensar em conciliar o disposto no artigo 3º, § 1º, do EAOAB, com os diplomas legais específicos das carreiras da Advocacia Pública, de modo a tratá-los de forma sistemática, integrada e harmônica.

Nessa perspectiva, este estudo se limitará a demonstrar a impossibilidade de as constituições estaduais e/ou leis orgânicas das carreiras da Advocacia Pública impedir desarrazoadamente o exercício da Advocacia Plena pelos advogados ou procuradores públicos, além do equívoco de limitar os campos de experiência, conhecimento e independência compatíveis com a natureza e a complexidade dos cargos.

2. ADVOCACIA PÚBLICA COMO ESPÉCIE DO GÊNERO ADVOCACIA

De acordo com a construção histórica e definição legal, diz-se que liberais são os profissionais, trabalhadores, que podem exercer com liberdade e autonomia profissão decorrente de formação técnica ou superior específica, legalmente reconhecida.

O exercício da profissão corresponde à aplicação prática do conhecimento técnico em favor de alguém. A atividade do advogado sintetiza o manuseio de argumentos teóricos na defesa com o resultado que aproveita ao seu cliente, sem abrir mão do compromisso com o cumprimento e estabilidade da ordem jurídica constituinte e constituída.

Assim como o médico utiliza a melhor técnica científica em benefício do paciente, o advogado, seja público ou privado, exerce sua profissão de forma liberal, com liberdade e autonomia, embora sob o controle do órgão fiscalizador

do exercício profissional, independentemente do vínculo existente entre ele e o seu cliente, seja este público ou privado.

A advocacia será sempre um múnus público. Os advogados têm, como maior responsabilidade, garantir a efetividade dos princípios e regras do ordenamento jurídico. Assim, as suas opções técnicas têm como foco a garantia da segurança jurídica. Essa relação entre advogado e o cliente está sempre presente, independentemente da maneira como foi contratado ou selecionado para exercer a profissão.

No serviço público, o advogado, liberal por natureza, é admitido pela via do concurso e subordina-se às respectivas leis orgânicas, que organizam seus serviços e estruturam seu funcionamento, sem, contudo, representar prejuízo aos parâmetros funcionais que conferem tratamento uniforme, homogêneo e isonômico à disciplina da atividade profissional estabelecido pela Ordem dos Advogados do Brasil, a partir do seu Estatuto (Lei nº 8.906/1994), regulamento, código de ética e disciplina, resoluções e provimentos.

A Constituição da República trouxe o Ministério Público e a Advocacia Pública para a vida institucional dos brasileiros. A experiência constitucional demonstrou que a figura do “promotor-advogado” não era adequada para a realização das missões institucionais do *parquet*, e cindiu as atribuições de promotoria de justiça, que ficaram a cargo do Ministério Público, da advocacia em favor do ente público, que ficou nas mãos da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias Gerais dos Estados, do Distrito Federal e, por simetria, dos municípios, onde houver.

A partir de 1988, portanto, promotores e advogados públicos foram concebidos como membros de instituições distintas, que exercem funções essenciais à Justiça, mas cada uma com identidade própria.

Passadas quase três décadas da promulgação da Constituição de 1988, a Advocacia Pública foi se destacando no cenário jurídico e político, afirmando a identidade dos seus membros, por darem voz aos interesses de Estado, na perspectiva da experiência dos dissabores da Administração Pública, sem, por óbvio, abandonar seu compromisso com o ordenamento jurídico e os princípios do Estado Democrático de Direito, como qualquer advogado.

Na atualidade, o protagonismo dos advogados, como gênero, no sistema de Justiça se amplia com as novas diretrizes de pacificação social, segundo as

quais o **Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos**, devendo ser estimuladas por juízes, **advogados**, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, **a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos** (Lei 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil, artigos 3º, §§ 2º e 3º).³

Esse contexto torna ainda mais importante essa rica identidade profissional para os advogados públicos, sem deixar de lado que essa referência ganha evidência ao longo do tempo, a exemplo do que prevê ao longo da última década o artigo 1º do Provimento nº 114/2006, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil:

Art. 1º. A advocacia pública é exercida por advogado inscrito na OAB, que ocupe cargo ou emprego público ou de direção de órgão jurídico público, em atividade de representação judicial, de consultoria ou de orientação judicial e defesa dos necessitados. (g. nosso).

Mais recentemente, a própria Advocacia-Geral da União expediu a Orientação Normativa nº 01/2011 da Corregedoria, impondo aos seus membros a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, sob pena de falta funcional. Em outros termos, a AGU reconhece, no que diz respeito às obrigações da profissão, que seus membros são advogados, identidade esta já consolidada no âmbito dos estados-membros e dos municípios.

3. UNIDADE DE TRATAMENTO ENTRE ADVOGADOS PÚBLICOS E PRIVADOS ENQUANTO EXERCENTES DE “FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA”

Paulo Bonavides reconhece as **garantias institucionais** como uma das maiores inovações constitucionais do século XX, porque, sem a especial atenção às instituições encarregadas da defesa da democracia e da promoção dos direitos

³ O Novo CPC, ainda impõe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a criação de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta (NCPC, art. 174).

dos cidadãos, seria inócuo prever um robusto catálogo de direitos e garantias fundamentais.⁴

Daí a preocupação do constituinte em erigir estruturas e regimes para o adequado desempenho de tais funções constitucionais, cuja proteção nada mais é do que o reconhecimento da importância fundamental para a sociedade e a certos direitos fundamentais providos dos componentes institucionais que os caracterizam.

Nesse contexto, Gustavo Binbenbojm alerta que

Numa primeira leitura da Constituição da República, poder-se-ia entender, a partir da mera topografia constitucional, que a Advocacia Pública e a Advocacia Privada receberam tratamentos distintos, já que disciplinadas em Seções próprias (II e III). Mas essa leitura logo se revelaria precipitada e equivocada. Há, sim, dispositivos específicos que tratam da Advocacia Pública, por força das peculiaridades inerentes à carreira, como a forma de investidura e sua organização. Mas nada permite concluir que os advogados públicos estariam apartados do regime geral da advocacia. Ao contrário, ressaí do Texto Constitucional que o advogado público não deixa de ser advogado porque atua em prol e em nome de uma Unidade da Federação.⁵

Decerto, o constituinte confere a mesma qualificação aos membros da Advocacia, de modo que todos são advogados. É evidente que o advogado público, além de se sujeitar às disposições dos arts. 131 e 132 da Constituição, submete-se também à previsão do art. 133, tal como os advogados privados, a fim de garantir sua relevância social, sua indispensabilidade à administração da Justiça e sua inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Essa conclusão é corroborada pelo elemento sistemático de interpretação. É que, em diversos outros dispositivos da Constituição, encontra-se menção ao

⁴ Cf. **Curso de Direito Constitucional**, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 537.

⁵ Parecer: Consulta prestada à Associação dos Procuradores do Distrito Federal – APDF acerca da constitucionalidade do art. 7º da Lei distrital nº 5.369, de 09 de julho de 2014, o qual destina aos integrantes do Sistema Jurídico do Distrito Federal os honorários advocatícios devidos nas causas e os procedimentos de que participem o Distrito Federal e as pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta, inclusive aqueles decorrentes de acordo. Brasília, 2014.

termo “advogado” sem quaisquer especificações quanto à natureza de seu vínculo (se público ou privado). Vejam-se os arts. 103-B, XII; 104, parágrafo único, II; 107, I; 111-A, I; 115, I; 119, II; 120, § 1º, III; 123, parágrafo único, I; e 130-A, V, todos atinentes à representação da Advocacia nos tribunais pela garantia do quinto constitucional.

No que diz respeito ao exercício da Advocacia Plena, quando o constituinte teve essa intenção de vedá-la, fez isso expressamente como se extrai do artigo 128, § 5º, II, “a” (relativo aos membros do Ministério Público) e do artigo 134, § 1º, *in fine* (relativo aos membros da Defensoria Pública).⁶

Já quanto aos advogados públicos, não há disposição semelhante. Isso confirma que, também sob a ótica do exercício amplo da profissão, a unidade da advocacia foi claramente corroborada pela legislação federal infraconstitucional, a começar pelo regime de impedimentos e incompatibilidades disciplinado pela Lei nº 8.906/1994 (EAOAB).

Por esse motivo é importante analisar regimes rigorosos que afrontam contra a dignidade dos advogados públicos, para além das disposições dos artigos 27, 28, 29 e 30 do EAOB, mesmo depois de transcorrido tanto tempo da promulgação da Constituição da República e dessas prescrições infraconstitucionais.

4. REGIME LEGAL DE IMPEDIMENTOS E INCOMPATIBILIDADES

A incompatibilidade é a proibição total, enquanto o impedimento a proibição parcial do exercício da advocacia. Segundo Gisela Gondim Ramos, essas limitações constantes do artigo 27 do EAOAB foram introduzidas “com a finalidade primeira de resguardar a independência do advogado, quando haja coexistência de atividades, ao tempo em que pretende, também, assegurar a

⁶ Art. 128. O Ministério Público abrange: (...) § 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: (...) II – as seguintes vedações: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; (...) [grifou-se].

...

Art. 134...

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

igualdade das partes, eliminando a vantagem oriunda da posição ocupada por uma delas, e impedindo, pois, a possibilidade de tráfico de influências”.⁷

Na incompatibilidade, a proibição completa ao exercício da advocacia pressupõe conflito absoluto com a advocacia, porque repousa no fato de que o exercício de determinada atividade pública ou privada retira completamente do profissional a sua independência. No impedimento, porém, a razão da limitação parcial, na forma do artigo 30 do EAOAB, para atuar contra a Fazenda Pública que remunere o advogado, no seu mesmo nível de atuação (federal, estadual ou municipal), é o reconhecimento legal da redução parcial dessa independência profissional, de modo a impedir o comprometimento da igualdade entre as partes ou o tráfico de influência no âmbito de atuação do profissional.

Essas restrições ao livre exercício profissional têm por fundamento a previsão da parte final do **artigo 22, XVI, da Constituição da República**, que fixa a competência privativa da União para legislar sobre “condições para o exercício das profissões”.

O exercício de qualquer profissão está sujeito a condições estabelecidas em lei de caráter nacional, portanto. As profissões liberais, normalmente, requerem regulamentação, sobretudo aquelas cujas atividades repercutem no campo de interesse de terceiros⁸. Por isso, instituem-se os conselhos, com base em lei federal, para a sua rigorosa fiscalização.

A Constituição, ao estabelecer a competência privativa da União para fixar as condições do exercício de qualquer profissão, torna certo que o seu artigo 5º, XIII, que determina ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, deve ser interpretado em harmonia com o artigo 22, XVI, antes citado.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 199.088/SP⁹, o Supremo Tribunal Federal registrou que “... **as condições para o exercício de profissão deverão ser razoáveis**”.

⁷ RAMOS, Gisela Gondin, **Estatuto da Advocacia**: comentários e jurisprudência selecionada. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.354.

⁸ “O Exame de Ordem, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei nº 4.215/63 e hoje no artigo 84 da Lei nº 8.906/94, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei. Considerações.” (STF – RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 603.583/RS – REPERCUSSÃO GERAL – PLENÁRIO – Relator Min MARCO AURÉLIO, DJe 102, divulg. 24.05.2012, p. 25.05.2012, pp. 550).

⁹ STF – SEGUNDA TURMA – Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 16/04/1999, PP. 24, j. 1º/10/1996.

Portanto, como corte teórico destinado a definir parâmetros claros de razoabilidade, é importante advertir que este estudo não enfrenta as limitações ao exercício da advocacia concomitantemente com as atividades de Chefe do Poder Executivo, membros de Mesas do Poder Legislativo e seus substitutos legais; de membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, da justiça de paz, dos tribunais e conselhos de contas; dos que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; do ocupantes de cargos ou funções de direção em órgãos da administração pública direta ou indireta, inclusive das suas fundações e empresas controladas ou concessionárias de serviço públicos; dos ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário; dos que exercem serviços notariais e de registro; dos ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza; dos militares de qualquer natureza, na ativa; dos ocupantes de cargos ou funções que tenham competência para lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais; aos ocupantes de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

Nesses casos, a incompatibilidade está expressamente prevista e se assenta, sobretudo, na ética, na moralidade administrativa e na constatação de que todos os pressupostos de independência ficam comprometidos em função da natureza dos cargos ou funções ocupados, excetuados, é claro, os casos de **incompatibilidade excepcionada**, figura definida no artigo 29 do EAOAB, porque trata do nível de influência de ocupantes de cargos ou funções de direção em órgãos jurídicos, que se assemelham às hipóteses do inciso III do artigo 28 do EAOB, mas com ele não se confundem, porque as atribuições de direção jurídica são privativas dos inscritos na OAB. Logo, o EAOAB abre exceção para permitir o exercício profissional, mas restrito às atribuições do cargo ou função de Procurador-Geral, Advogado-Geral, Consultor-Geral, Defensor-Geral ou o que os valha.

O exercício da advocacia tem coloração pública, porque nele está presente a sua indispensabilidade à administração da Justiça, seja no ministério público ou privado, indistintamente. Não foi por outra razão que o artigo 2º do Novo Código de Ética e Disciplina da OAB não diferencia mais ministério público de privado, quando determina:

Art. 2º. O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes (Resolução nº 02, de 19 de outubro de 2015¹⁰)¹¹.

É preciso reconhecer que o EAOAB não disciplina apenas a advocacia privada, como se esta e a advocacia pública fossem atividades paralelas e excludentes, deixando de lhes garantir um regime de direitos, deveres e prerrogativas integrado e harmônico.

Na lição de Paulo Lobo, essas atividades profissionais são de mesma natureza ontológica e jurídica, pouco importando o interesse patrocinado ou o tipo de vínculo público ou privado do profissional que a exerce, de modo que a previsão da dupla submissão ao regime do EAOAB e ao regime próprio a que estejam vinculados os advogados públicos, na forma do artigo 3º, § 1º, do EAOAB, não pode incorrer na leitura equivocada que leve à discriminação entre os advogados, sob pena de comprometimento da liberdade profissional inata aos inscritos na OAB, em função da natureza do vínculo e do local da prestação do serviço do advogado ao seu cliente.

Não é razoável distinguir os profissionais, quando é importante perfilhar que a independência de qualquer advogado, seja ele privado ou público, antes de estar atrelado a seus representados, está, acima de tudo, submetido à lei que regula a sua atuação e estabelece as condicionantes e limites legais de seu patrocínio. Apenas dentro desses limites será possível atuar no interesse a ser postulado, tanto privado como público. O advogado não pode nem deve ignorar tais limites, nem poderá violá-los a pretexto de sustentar interesses ilegais, ilegítimos e imorais, assegura Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

Esses limites são os mesmos, do ponto de vista do exercício profissional, de modo que as leis orgânicas das carreiras da Advocacia Pública não se confundem

¹⁰ DOU de 04 de novembro de 2015.

¹¹ A redação do Código de Ética e Disciplina anterior era: “Art. 2º. O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu **Ministério Privado** à elevada função pública que exerce”. (grifo nosso).

com o EAOAB. Este não trata das matérias que envolvem a função pública exercida pelo advogado público, a exemplo da organização da instituição estatal, da progressão nas carreiras públicas, da forma de investidura, dos direitos, deveres e infrações disciplinares específicos.

Do mesmo modo, a proibição do exercício de atividade privada determinada pela Administração Pública a que o advogado esteja vinculado não pode gerar qualquer incompatibilidade prevista no EAOAB, que possui abrangência nacional e encontra fundamento geral nos preceitos éticos que visam evitar conflito de interesses. Assim, é preciso distinguir o que sejam as hipóteses de incompatibilidades e impedimentos previstas privativamente no EAOAB da simples aplicação de norma que regule o vínculo contratual e/ou estatutário estabelecido entre cliente e advogado.

Logo, o regime de trabalho resultante do vínculo estatutário do advogado público com a unidade federativa a que esteja vinculado não pode ser utilizado simplesmente como maneira de gerar uma espécie de incompatibilidade excetuada que o impeça arbitrariamente de exercer a Advocacia Plena, em causa própria, no patrocínio de interesses dos necessitados ou de interesses outros não conflitantes com os interesses do Estado.¹²

A interpretação do ordenamento jurídico não pode representar ofensa à dignidade dos advogados públicos, para lhes impor restrições desarrazoadas.

Não existe uma única norma de caráter nacional que presuma a violação do interesse público no caso de o advogado público ser submetido ao regime de impedimentos e incompatibilidades que o constituinte originário delegou ao legislador ordinário nacional regulamentar.

Não compete a leis orgânicas dos órgãos de Advocacia Pública dividir a classe dos advogados, amparadas em fundamentos preconceituosos, generalistas e não embasados em dados sólidos que justifiquem a medida.

¹² Segundo Aldemario Araujo Castro, “tanto a Portaria AGU n. 758/2009, quanto a Instrução Normativa CGAU/PGF n. 1/2009, estabelecem a aplicação do Estatuto da OAB no exercício da advocacia *pro bono*, notadamente as regras de impedimento, preservadoras de conflitos de interesses. Tal definição, explicitada também para o exercício da advocacia em causa própria (art. 1º, § 1º, da Instrução Normativa CGAU/PGF n. 1/2009), resulta do entendimento atualmente consagrado no âmbito da Advocacia-Geral da União da necessidade de vinculação do advogado público à Ordem dos Advogados do Brasil e aos ditames legais da profissão de advogado.” (Pressupostos Utilizados na Regulamentação da Advocacia Pro Bono, Folha de Registro de Atividades e Magistério no Âmbito da Advocacia Pública Federal. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/pressupostos_utilizados_na_regulamentacao_da_advocacia_pro_bono_folha_de_registro_de_atividades_e_magisterio_no_ambito_da_advocacia_publica_federal_-_aldemario_araujo_castro.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2016.)

Não há qualquer lógica interpretativa que justifique uma leitura equivocada do impedimento do art. 30, I, do Estatuto - dispositivo utilizado como observação, no momento da expedição dos documentos de identidade profissional dos advogados públicos -, para presumir a inclinação de profissionais éticos, dignos, qualificados e esforçados à prática de desvios funcionais.

Nesse sentido, o Conselho Federal da OAB, na Proposição OO41/2005/COP, em acórdão de lavra do Conselheiro Federal Marcelo Lavocat Galvão, publicado no DJU de 19.12.2006, advertiu que

(...) o certo é que não se pode, por meio de exercício interpretativo, e a pretexto de se evitar toda sorte de irregularidades, ampliar o alcance e os efeitos de norma jurídica proibitiva de exercício profissional. (...) A atuação preventiva das entidades administrativas não tem o condão de transformar o órgão fiscalizador em legislador positivo, notadamente para impor limitação profissional àquele que, de acordo com a legislação em vigor, não a possui. A prevenção e o apenamento para tal tipo de conduta, portanto, devem ser inferidos do próprio sistema normativo que rege a categoria, cabendo registrar que o Estatuto da OAB já se antecipou à presente celeuma para, em dois dispositivos diversos, impedir o desvio de conduta dos maus profissionais que se aproveitam da formação da sociedade para a prática de atos desprovidos de ética profissional.

Recorremos mais uma vez aos ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem as funções advocatícias são inequivocamente funções de corte político, inconfundíveis com as de servidores que exercem funções administrativas, justamente porque a especial investidura dos advogados públicos, além de induzir uma responsabilidade corporativa geral, perante os órgãos colegiados de classe, implica também em uma responsabilidade corporativa especial, perante os órgãos colegiados institucionais que lhes são próprios¹³:

¹³ O professor Diogo de Figueiredo também destaca que “os únicos órgãos institucionais colegiados mencionados na Constituição, além do da Ordem dos Advogados do Brasil, são os da advocacia da União: a Advocacia Geral da União; os demais órgãos institucionais das carreiras de advocacia de Estado são de criação e definição infraconstitucionais nas Constituições Estaduais, nas Leis Orgânicas distrital-federal e municipais e nas Leis Orgânicas dessas mesmas entidades”.

De resto, inexistente dispositivo constitucional do qual se possa inferir qualquer subordinação da atuação profissional do Advogado de Estado a qualquer outro órgão de previsão constitucional, salvo, evidentemente, a onímoda subordinação ao controle jurisdicional de qualquer ato que importe em lesão ou ameaça a direito.

Assim, em nível infraconstitucional, na legislação federal dirigida à Advocacia de Estado, ordenam cumulativamente o exercício desta função essencial do Estado tanto os dispositivos específicos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil como os do Código de Processo Civil.¹⁴

É lamentável que, no estágio atual das carreiras essenciais à Justiça devidamente consagradas e amparadas na Constituição Federal de 1998, e aí se encontram tanto advogados públicos como privados, instituições ou pessoas utilizem argumentos vazios e inverídicos em flagrante ataque à dignidade dos advogados públicos, supondo-os artífices de improbidades e de crimes perpetrados contra a Administração Pública, sobretudo quando todos os profissionais da advocacia são submetidos previamente a exame de ordem nos quais lhes são exigidos profundos conhecimentos dos deveres e obrigações ético-disciplinares de velar pela dignidade, independência, prerrogativas e valorização da advocacia.

Vale citar as recentes alterações feitas pelo Estado de Minas Gerais e Mato Grosso. O Estado de Minas Gerais modificou a Lei Orgânica local em 2010, para aplicar a vedação prevista na lei federal (EOAB) com a finalidade de igualar Procuradores do Estado em direitos e prerrogativas, suprimindo restrições no regime jurídico de parcela da carreira e revogando dispositivos que destoavam da nova concepção que se pretende implantar.¹⁵ Já o Estado do Mato Grosso promulgou a Emenda Constitucional nº 62/2012, que assegurou aos Procuradores do Estado do Mato Grosso as prerrogativas, impedimentos e incompatibilidades do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, lei de estatura nacional e iniciativa privativa da União, para regulamentar o exercício da advocacia em todo o país, além de atender o objetivo de descentralizar a atuação da

¹⁴ In: A Responsabilidade do Advogado de Estado. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado* – Centro de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, Volume 63, 2008. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1929147/DLFE-66513.pdf/REVISTA6395.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

¹⁵ Mensagem nº 502/2010, de 10 de maio de 2010, enviada pelo Governador do Estado de Minas Gerais à Assembleia Legislativa daquele Estado.

Procuradoria Geral do Estado e assegurar maior eficiência na representação e consultoria jurídica da unidade federativa.

Os Estados que optaram por retornar ao regime jurídico da vedação do EAOAB nada mais fizeram do que atualizar a própria lei orgânica para aplicar corretamente a legislação em vigor, além de trilhar o mesmo caminho político pelo qual a grande maioria dos Estados¹⁶ e a União, no PL nº 4.254/2015, optaram e representa a atual tendência do perfil do advogado público contemporâneo.

Não por outro motivo, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, o quadro evoluiu e apenas os Estados do Acre, Mato Grosso do Sul, Paraná, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo mantêm a ampliação do regime de incompatibilidades, avançando para além do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB), sendo que se percebe profundo exagero na nova Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, no momento em que prevê sanção disciplinar com a pena de demissão direta, para os casos de exercício da advocacia fora do âmbito das atribuições institucionais¹⁷, como se demonstrará adiante.

Assim, esclarecidos o campo de incidência das leis nacionais (EAOAB), federais (LOAGU), estaduais (LOPGEs), distritais (LOPGDF) e municipais (LOPGMs), cuidaremos de analisar, em seguida, os problemas referentes aos conflitos de interesses, ao uso equivocado do regime de trabalho como instrumento de vedação da Advocacia Plena pelos advogados públicos e à desproporcionalidade entre meios e fins nos casos de limitação do exercício da advocacia, fora dos moldes da Constituição Federal e do EAOAB.

5. CONFLITO DE INTERESSES

Já vimos que os advogados públicos são advogados, profissionais da advocacia, e como tais são submetidos e protegidos pelo desdobramento de normas infraconstitucionais emanados do artigo 133 da Constituição da República, de forma que os poderes constituídos e decorrentes devem obediência às regras de competência que governam o exercício das suas funções privativas de reconhecida relevância social.

¹⁶ Respeitam os regimes de impedimentos e incompatibilidades do EAOAB os Estados do Tocantins, Rondônia, Amazonas, Roraima, Amapá, Pará, Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia, Espírito Santo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Mato Grosso, Goiás e Distrito Federal.

¹⁷ Lei Complementar nº 1.270/2015, artigo 135, IV, “f”.

Assim, as disposições da Lei 8.906/1994 (EAOAB), em relação às incompatibilidades e aos impedimentos para o exercício da profissão, estabelecidos no exercício da competência privativa da União para legislar sobre as qualificações profissionais, trazem critérios suficientes e exaurientes para defender as premissas da independência e isonomia profissional e evitar uso da advocacia como instrumento do tráfico de influência.

O advogado tem o dever de manter sua independência profissional, em qualquer circunstância, mesmo integrando uma relação de emprego ou mantendo vínculo estatutário (EAOAB, artigos 18 e 31, § 1º).

Se essa era uma constatação natural proveniente da natureza técnica e política das suas atribuições constitucionais¹⁸, o novo Código de Ética e Disciplina da OAB determina que as suas disposições obriguem igualmente os órgãos de Advocacia Pública e os próprios advogados públicos, inclusive aqueles que ocupam postos de chefia e direção jurídica, de modo a exercer suas funções com independência técnica e contribuir para a solução ou redução da litigiosidade, sempre que possível (artigo 8º).

Reportando-se ao novo Código de Ética para examinar a questão das situações de conflito de interesses envolvendo a independência do advogado, Luiz Henrique Alochio chama a atenção para esta que é uma questão extremamente cara à advocacia:

Não pode o profissional da advocacia vergar-se, por exemplo, ao desejo do cliente impor teses jurídicas aventureiras, infundadas ou levianas. Nem pode o advogado se submeter à imposição do cliente de ter outro profissional advogado tutelando-o.

¹⁸ “É inconstitucional o diploma normativo editado pelo Estado-membro, ainda que se trate de emenda à Constituição estadual, que outorgue a exercente de cargo em comissão ou de função de confiança, estranho aos quadros da Advocacia de Estado, o exercício, no âmbito do Poder Executivo local, de atribuições inerentes à representação judicial e ao desempenho da atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, pois tais encargos traduzem prerrogativa institucional outorgada, em caráter de exclusividade, aos Procuradores do Estado pela própria Constituição da República. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Magistério da doutrina. – **A extrema relevância das funções constitucionalmente reservadas ao Procurador do Estado (e do Distrito Federal, também), notadamente no plano das atividades de consultoria jurídica e de exame e fiscalização da legalidade interna dos atos da Administração Estadual, impõe que tais atribuições sejam exercidas por agente público investido, em caráter efetivo, na forma estabelecida pelo art. 132 da Lei Fundamental da República, em ordem a que possa agir com independência e sem temor de ser exonerado “ad libitum” pelo Chefe do Poder Executivo local pelo fato de haver exercido, legitimamente e com inteira correção, os encargos irrenunciáveis inerentes às suas altas funções institucionais.**” (ADI 4843 MC-ED-Ref, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015) (grifo nosso).

(...)

Na advocacia privada, o advogado em situação de conflito com o cliente tem como solução a renúncia ao mandato. O interesse do cliente é personificado. O que facilita tal identificação e a solução.

(...)

Ocorre, todavia, que na advocacia pública, o advogado defende o interesse público. Não personificado pela chefia imediata. Porém, é preciso ponderar que, enquanto o pensamento orgânico, podem as procuraturas adotar teses de defesa homogêneas, capazes de conduzir a estratégias previamente avaliadas. A noção de independência técnica, portanto, não poderá conduzir a insurgência desarrazoadas do profissional. No entanto, a extensão da nova regra não pode – eis a preocupação fundamental - conduzir ao extermínio da liberdade técnica do advogado público, até mesmo para questionar as estratégias traçadas, de forma a permitir-lhe avanço e evolução.¹⁹

É indubitavelmente reprovável desnaturar esse dever de independência, também, quando o advogado exerce a profissão em completa deslealdade e trai a confiança que é a base da relação com os interesses que patrocina. Atuar dessa forma configura falta de qualquer advogado com o seu dever de independência e isonomia profissional.

Essas situações de conflito ocorrem quando há o choque entre os interesses pessoais e as obrigações precípuas e, assim, o comprometimento do julgamento profissional, em benefício próprio ou de terceiro e em prejuízo do interesse primário objeto da consulta ou assessoramento jurídico ou da representação judicial sob o patrocínio do profissional. São ainda mais perceptíveis quando o sistema de controle da atuação profissional permite rastrear a atuação do advogado e associados de forma a facilmente detectar:

¹⁹ XXII Conferência Nacional dos Advogados, Anais, Vol. II, Brasília: Conselho Federal da OAB, 2014. p. 166.

1. Representação simultânea de pessoas físicas com interesses contrapostos, a exemplo de um divórcio litigioso;
2. Representação de duas pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que estão processando uma a outra;
3. Representação de um cliente que gere conflito com interesses de um cliente atual ou anterior;
4. Advogado, ou qualquer pessoa relacionada ou associada com o advogado, que tenha interesse pessoal no desfecho do caso ou nas conclusões de uma consulta.

No que diz respeito às sociedades simples ou às denominadas sociedades unipessoais de prestação de serviços de advocacia, além da obrigação de registro e aprovação dos seus atos constitutivos pelo Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial o “escritório” tiver sede, registra-se uma série de exigências destinadas a detectar a ocorrência desses possíveis conflitos de interesses, entre os sócios e entre estes e seus clientes, veja-se:

Artigo 15...

§ 3º As procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte.

(...)

§ 6º Os advogados sócios de uma mesma sociedade profissional não podem representar em juízo clientes de interesses opostos.

Individualmente, são disciplinadas à exaustão no Estatuto e no Código de Ética e Disciplina da OAB, a saber:

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

I - exercer a profissão, quando impedido de fazê-lo, ou facilitar, por qualquer meio, o seu exercício aos não inscritos, proibidos ou impedidos;

II - manter sociedade profissional fora das normas e preceitos estabelecidos nesta lei;

III - valer-se de agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber;

IV - angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros;

(...)

VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional;

VIII - estabelecer entendimento com a parte adversa sem autorização do cliente ou ciência do advogado contrário;

IX - prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio;

X - acarretar, conscientemente, por ato próprio, a anulação ou a nulidade do processo em que funcione;

XI - abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias da comunicação da renúncia;

(...)

XV - fazer, em nome do constituinte, sem autorização escrita deste, imputação a terceiro de fato definido como crime;

(...)

XIX - receber valores, da parte contrária ou de terceiro, relacionados com o objeto do mandato, sem expressa autorização do constituinte.

O sigilo profissional também é inerente à advocacia e o seu desrespeito configura ainda infração ético-disciplinar, na forma do artigo 34, VII, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB) e dos estatutos próprios.

Nada justifica propostas atos normativos que restringem a atuação de advogados públicos, pressupondo a utilização de informações estratégicas dos entes públicos para satisfazer interesses privados e invocando aleatoriamente o princípio da moralidade.

Os advogados públicos são profissionais cientes da sua identidade e das responsabilidades éticas norteadoras da profissão, não apenas em razão do múnus constitucional que lhes é imposto, mas pela vocação, pelo perfil profissional que lhes orienta, assim como qualquer profissional da advocacia.

Sendo inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil - e não poderia ser diferente²⁰ - o exercício da profissão pelos advogados públicos também corresponde à aplicação prática do conhecimento técnico em favor dos interesses sob seus cuidados. Trair essa confiança caracteriza patrocínio infiel, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Desse modo, a pretexto de prevenir conflitos de competência, nenhuma iniciativa legislativa pode, em primeiro lugar, violar a competência privativa da União para legislar sobre qualificações e condições para o exercício da profissão; ampliar as hipóteses de incompatibilidades e impedimentos, ambas limitações necessariamente de abrangência nacional; desfigurar a identidade profissional do advogado público; e atribuir a eles condutas inapropriadas fundadas em raciocínios generalizantes e em juízos fluídos sobre o princípio da moralidade.

6. ADVOCACIA PLENA, RAZOABILIDADE NA DISCIPLINA DO REGIME DE TRABALHO E A FALSA MORALIDADE

O regime de trabalho dos servidores públicos *lato sensu* é fixado em razão da natureza, características, condições e atribuições dos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente.²¹

No caso dos advogados públicos, dada a índole intelectual do trabalho, o cumprimento de jornada interna e o controle de frequência são medidas irrelevantes para se aferir a atuação profissional. Com efeito, o controle da atividade da Advocacia Pública se faz nos resultados obtidos, no cumprimento qualitativo dos prazos, na defesa abnegada do interesse público, na produção de peças e pareceres. O trabalho dos advogados públicos é medido pela produção, pouco importando para a Administração o tempo ou o local da jornada. Não comporta, de regra, a realização exclusiva dentro de um horário determinado, porque só quem pode deixar seu trabalho incompleto sem ser responsabilizado

²⁰ Na ADI 5334/DF, toda a advocacia pública, representada institucionalmente quanto corporativamente, nos três níveis da federação, além do Conselho Federal da OAB, manifestaram-se, na condição de *amicus curiae*, contra o pedido do Procurador-Geral da República, defendendo a constitucionalidade do artigo 3º, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.906/1994; logo, da inscrição dos advogados públicos nos quadros da OAB.

²¹ Lei 8.112/1990, artigo 19.

é que tem jornada de trabalho controlada por ficha de frequência ou controle de ponto.

Daí se depreende que os advogados públicos se encontram sujeitos a regime de trabalho especial, podendo ser chamados fora do horário de expediente das repartições públicas estaduais, realizar estudos nos fins de semana e feriados, sem que isso caracterize a prestação de serviço extraordinário. O excesso de trabalho pode até ser compensado, como no caso de substituição de acervos de colegas licenciados ou afastados, mas seu regime de trabalho não é quantificado em horas. Afere-se a efetividade tão-somente pelo cumprimento das atribuições que correspondem ao seu núcleo de competências.²²

Nesse sentido a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, no Parecer nº 14.917, concluiu que

(...) o procedimento usualmente adotado pela Corregedoria-Geral para o controle de efetividade da generalidade dos Procuradores do Estado quando em exercício na PGE circunscreve-se, como referido por um dos Agentes Setoriais que solicitou orientação, à emissão de relatório mensal de atividades, no qual são quantificadas as reuniões e audiências a que compareceu o Procurador, o número de trabalhos, processuais ou não, produzidos no período, as comissões de que participou etc.²³

A questão também não é nova na Advocacia Pública Federal. Nesse sentido é a orientação da Corregedoria-Geral da Advocacia Geral da União, nos autos do Processo nº 00406.000399/2006-60:

²² A tendência atual é permitir inclusive que os servidores da área fim do Judiciário trabalhem em regime de *home Office*. Esse regime de trabalho já é adotada por vários tribunais, a exemplo do Tribunal Superior do Trabalho, que adota a prática desde 2012, enquanto os tribunais de Justiça de São Paulo e de Santa Catarina regulamentaram em 2015 esse modelo alternativo de trabalho. O Conselho Superior da Justiça do Trabalho também aprovou a medida aos tribunais regionais do trabalho e das varas. No Supremo Tribunal Federal, a prática é regulamentada pela Resolução nº 568, de 5 de fevereiro de 2016, a título de projeto-piloto (Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/resolucao-stf-home-office.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2016). A proposta da nova Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) também projeta incluir o teletrabalho como prática em todo o Judiciário do país, enquanto o Conselho Nacional de Justiça também estuda se antecipar e regulamentar a prática.

²³ Nos autos do Processo nº 200800003007977, o Conselho de Procuradores da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, em 2009, deliberou que “*a assiduidade não pode ser confundida com pontualidade, considerado ainda que os Procuradores do Estado não convivem com horário de trabalho fixo (ou inflexível), próprio do servidor público cujas funções não envolvem trabalho intelectual de pesquisa e produção de manifestações técnicas*”.

O Advogado da União, assim como o Procurador da Fazenda Nacional e o Procurador Federal, não convive com horário de trabalho fixo (ou inflexível) próprio do servidor público cujas funções não envolvem trabalho intelectual de pesquisa e produção de manifestações técnicas.²⁴

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região já teve a oportunidade de se manifestar a respeito, a exemplo de outros precedentes, da seguinte forma:

1- A instituição de controle eletrônico de ponto para procuradores, por óbvio, não se compatibiliza com o exercício da atividade voltada para a advocacia. 2. **O exercício da advocacia tem como pressuposto a maleabilidade. Neste contexto, a submissão dos procuradores a ponto eletrônico de frequência desnatura a singularidade do ofício e promove restrição indevida da atuação do profissional.** 3. Os Decretos 1.590/95 e 1.867/86 bem dispõem sobre diversa forma de controle de frequência para os servidores que exercem suas atividades em ambiente externo. 4. Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF/3ª Região – MS 200003990653417; 2ª Turma, Rel. Juiz Federal Paulo Sarno, DJ 18/05/2007, p. 518, g. nosso)

Assim, a avaliação da assiduidade do advogado público não se confunde com o mero registro de frequência, controle de ponto ou presença na repartição pública, sobretudo diante de que as suas atribuições constitucionais, no atual modelo de gestão pública implementado depois da Emenda Constitucional nº 19/1998, pressupõe atuação no sentido de rotina de estudos, qualificação, produção de teses, pareceres e peças, cumprimento dos prazos judiciais ou administrativos, tudo com dedicação, qualidade e eficiência.

Se o controle de assiduidade deve pautar-se na atuação do advogado público, no sentido de avaliar a qualidade e eficiência no cumprimento dos prazos

²⁴ Foram essas as razões que levaram o Advogado-Geral da União a definir o prazo de seis meses para que a Corregedoria-Geral da AGU apresentasse uma minuta de ato normativo com a finalidade de criação de controles consonantes com a natureza das atividades realizadas pelo advogado público (Despacho 11/2008 e Nota Técnica nº 50/2008-CGAU/AGU, Processo Administrativo Disciplinar nº 00406.000262/2007-96).

judiciais ou administrativos, o regime de trabalho não pode ser utilizado como escudo para impedir o exercício profissional pleno (Advocacia Plena) a pretexto de adoção de um **regime de tempo integral** ou um **regime de dedicação plena ou exclusiva**.²⁵

A definição de quaisquer dessas soluções não pode ser arbitrária, de modo a chamar em seu socorro o princípio da moralidade, sem trazer, porém, um único caso concreto ou a comprovação da desnaturação dos valores profissionais no campo da Advocacia Pública.

O Colégio Nacional de Corregedores das Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal, reunido em Maceió, em 15 de maio de 2015, surpreendeu-se com os fundamentos moralistas da Proposta de Emenda à Constituição nº 26/2014, justamente porque a disciplina rígida inerente ao controle diário de ponto, guardadas as devidas proporções, não se compatibiliza com o regime dos artigos 131 e 132 da Constituição da República.

Na ocasião, fez-se o registro de que as faltas disciplinares dessa natureza são prontamente processadas e punidas e não são recorrentes, enquanto a legislação supletiva²⁶ obedece aos parâmetros da legislação nacional da profissão, a exemplo do Código de Ética da Procuradoria Geral do Distrito Federal, segundo o qual:

²⁵ Hely Lopes Meirelles ensina que “a diferença entre regime de tempo integral e o de dedicação plena [ou exclusiva] está em que naquele o servidor só pode trabalhar no cargo ou na função que exerce para a Administração, sendo-lhe vedado o desempenho de qualquer outra atividade profissional pública ou particular, ao passo que neste (regime de dedicação plena) o servidor trabalhará na atividade profissional de seu cargo ou de sua função exclusivamente para a Administração, mas poderá desempenhar atividade diversa da de seu cargo ou de sua função em qualquer outro emprego particular ou público, desde que compatível com o da dedicação plena. No regime de dedicação integral o servidor só poderá ter um emprego; no de dedicação plena poderá ter mais de um, desde que não desempenhe a atividade correspondente à sua função pública exercida neste regime.” (in **Direito Administrativo**, 34ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499).

²⁶ José Afonso da Silva afirma textualmente que normas gerais veiculam princípios a serem observados pelo legislador infraconstitucional dos entes federados, que legislarão concorrentemente sobre a matéria disciplinada. “(...) porque justamente a característica da legislação principiológica (normas gerais, diretrizes, bases), na repartição de competências federativas, consiste em sua correlação com competência suplementar (complementar e supletiva) dos Estados.” (**Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 504). Em outra ocasião complementou que “tem sido uma questão tormentosa definir o que são ‘normas gerais’, para circunscrever devidamente o campo de atuação da União. Diremos que ‘normas gerais’ são normas de leis, ordinárias ou complementares, produzidas pelo legislador federal nas hipóteses previstas na Constituição, que estabelecem princípios e diretrizes da ação legislativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Por regra, elas não regulam diretamente situações fáticas, porque se limitam a definir uma normatividade genérica a ser obedecida pela legislação específica federal, estadual e municipal: direito sobre direito, normas que traçam diretrizes, balizas, quadros à atuação legislativa daquelas unidades da Federação.” (**Comentário Contextual à Constituição**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 280/281).

Art. 3º. Os Procuradores do Distrito Federal observarão, no exercício de suas funções, os padrões éticos de conduta, com o objetivo de preservar e ampliar a credibilidade e respeitabilidade conquistadas pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal ao longo de sua existência, devendo adotar os seguintes princípios:

I – lisura e probidade; e

II – decoro inerente ao exercício da função pública.

Parágrafo único. Os Procuradores do Distrito Federal organizarão suas atividades profissionais privadas de maneira a prevenir a ocorrência real, potencial ou aparente, de conflito com o interesse público, o qual sempre prevalecerá sobre o interesse privado.

(...)

Art. 5º - É vedado aos Procuradores do Distrito Federal:

(...)

II - integrar, na qualidade de sócio, empregado ou associado, sociedade de advogados que possua ou patrocine causa contra o Distrito Federal ou contra suas entidades da administração indireta;²⁷

Critérios de razoabilidade não podem ignorar que a Advocacia Pública seleciona meritoriamente profissionais qualificados, vocacionados, dedicados e destacados para bem orientar e defender os entes federados e o patrimônio público.

Por decorrência do duplo regime, os membros da Advocacia Pública estão sujeitos a dupla fiscalização profissional, tanto pelas respectivas corregedorias (internamente), quanto pela OAB (externamente), além do onímodo controle do Poder Judiciário, sem que a experiência da Advocacia Pública registre a recorrência de desvios éticos ou escândalos, nos seus quadros.

A experiência de 20 Estados e do Distrito Federal, além da maior parte dos municípios brasileiros, não pode, também, ser ignorada, porque demonstra

²⁷ Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/sinj/BaixarArquivoNorma.aspx?id_norma=61383. Acesso em: 17 mar. 2016.

que as limitações constantes do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil são suficientes para evitar, investigar e punir desvios éticos, em todas as instâncias, haja vista que a habilitação profissional do advogado exige formação específica e consciência dos seus deveres profissionais.

Na Advocacia Pública Federal, aliás, a devida leitura da regulamentação do regime de dedicação exclusiva previsto no artigo 28, I, da Lei Complementar nº 73/1994, de algum modo já permite o exercício profissional dos membros da AGU fora das atribuições funcionais, quando licenciados, e nas demandas judiciais em causa própria e *pro bono*, enquanto evolui para reconhecer a identidade do advogado público na sua plenitude no Projeto de Lei nº 4.254/2015, seguindo critérios razoáveis de controle da atividade plena, a saber:

Art. 37. É facultado aos titulares dos cargos de que trata este Capítulo o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos ocupantes de cargos em comissão ou função de confiança.

Art. 38. O exercício da advocacia fora das atribuições institucionais está sujeito:

I - às normas e às orientações da Corregedoria-Geral da Advocacia da União e da Comissão de Ética da Advocacia-Geral da União;

II - aos impedimentos e às incompatibilidades previstos na Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, e, no que couber, na Lei n. 12.813, de 16 de maio de 2013; e

III - à comunicação prévia à Advocacia-Geral da União.

Parágrafo único. A Advocacia-Geral da União divulgará, em seu sítio na internet, a lista daqueles que exercem advocacia fora de suas atribuições legais.

Art. 39. A advocacia privada não poderá ser exercida contra a União, suas autarquias, suas fundações públicas, suas empresas públicas ou suas sociedades de economia mista.²⁸

²⁸ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=39DB21B0006021C4CA1B8412FF201E07.proposicoesWeb2?codteor=1427623&filename=PL+4254/2015>. Acesso em: 20 mar. 2016.

Posto isso, não é inútil dizer que várias outras legislações supletivas disciplinam hipóteses de impedimento, sem conflitar com a legislação nacional, de modo a ser vedado ao advogado público exercer as suas funções em processo ou procedimento em que seja parte ou interessado; em que haja atuado, dentro de um tempo razoável, como advogado de qualquer das partes; em que seja parte ou interessado cônjuge ou companheiro, parente consanguíneo ou afim, em linha reta, ou na colateral até o terceiro grau; no qual haja postulado, como advogado, qualquer das pessoas mencionadas no inciso anterior; e nos demais casos previstos na legislação processual, devendo dar ciência ao coordenador das suas atividades dos motivos do impedimento, objetivando a designação imediata de substituto.

O sentimento de pertencimento à Ordem dos Advogados do Brasil, aliado à vedação da atuação em conflito de interesses, é suficiente para comprovar a ausência de contradição ético-profissional no exercício da Advocacia Plena. Mas o enriquecimento dos atributos da categoria também faz da advocacia plena uma necessidade, ao permitir que a vivência ampla da advocacia forneça aos advogados públicos uma pluralidade de conhecimentos e expertises que a corporação fechada dentro das rotinas burocráticas da Administração Pública não permite.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho alerta para que

(...) a experiência da advocacia privada propicia a redução de um fenômeno inerente ao exercício da atividade administrativa pública. Trata-se do que os economistas denominam de ‘assimetria de conhecimentos’. A expressão indica que os agentes econômicos privados acumulam conhecimento e experiência que não é reproduzível em outros cenários. Por isso, a autoridade administrativa desconhece algumas das peculiaridades do mercado privado.

A prática da advocacia privada investe o advogado de conhecimentos que não lhe seriam acessíveis por outra via. Tais conhecimentos podem ser aproveitados em prol do Estado, quando um mesmo sujeito desempenha a atividade privada de advocacia e está investido de advogado público.²⁹

²⁹ Parecer sobre a regularidade do exercício da atividade advocatícia por integrante da carreira de Procurador do Estado do Paraná, aprovado em concurso público instaurado em 1989. Consulta solicitada pela Associação dos Procuradores do Paraná – APEP. Brasília, 2015.

Realmente, o tirocínio especial do advogado, na busca da sua realização profissional, não resulta de hábitos repetitivos próprios da burocracia. Ele se desenvolve nos desafios variados da profissão, na linha de referência dos grandes juristas Raimundo Faoro, Eduardo Seara Fagundes, Bernardo Cabral, José Neri da Silveira, Celso Ribeiro Bastos, Humberto Gomes de Barros, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Luis Roberto Barroso, Michel Temer, José Afonso da Silva, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Leonardo Carneiro da Cunha, Luiz Edson Fachin, Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, Manoel Caetano, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Valmir Pontes Filho, Ulysses Guimarães, dentre tantos outros advogados públicos de ontem e de hoje que contribuíram e ainda contribuem com a experiência e conhecimento acumulados na profissão para o destaque institucional dos advogados públicos no cenário nacional e internacional, sobretudo nos tribunais superiores.

Argumentos meramente corporativos ou preconceituosos apenas fomentam uma reserva de mercado ou um injusto baldão que não tem outra utilidade a não ser atingir indistintamente a dignidade de todos os advogados públicos. Segundo Gisela Gondin Ramos, é preferível examinar os casos de incompatibilidade, de impedimento e de conflito de interesses de forma técnica, objetiva e exclusivamente sob o enfoque legal, “sem resvalar para os supramencionados sentimentos corporativos”:

Sempre tive, e tenho, restrições à utilização de argumentos que fossem meramente corporativos, no sentido de promover uma ‘reserva de mercado’ da atividade da advocacia, porque sempre entendi que a defesa de nossa profissão, e a permanente manutenção da dignidade da classe, se situam em um patamar mais alto, e distanciado de tais questões.³⁰

Portanto, se a vedação existente no Estatuto da OAB é suficiente e atende à moralidade pública, inexistem razões maiores em restrições maiores ao exercício da Advocacia Plena, como aquela prevista na Lei Complementar de São Paulo nº 1.270/2015, que, além de vedar de forma abrangente o exercício da advocacia fora do âmbito das atribuições institucionais, ainda comina a pena de demissão

³⁰ RAMOS, Gisele Gondim. **Estatuto da Advocacia**: Comentários e Jurisprudência Seleccionada. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 363.

para a hipótese tipificada como infração disciplinar grave (artigo 122, II, c/c 135, IV, “f”).

Essa lei paulista é desproporcional porque pune com demissão conduta permitida pelo legislador nacional competente e é altamente questionável, porque não atende critérios razoáveis de adequação, frente o ordenamento jurídico; de necessidade, consideradas as particularidades da profissão e as carências do serviço público; e de proporcionalidade entre o meio utilizado e os fins almejados.

Um raciocínio simples sobre a sua adequação, necessidade e proporcionalidade entre meios e fins é capaz provar o caráter desarrazoado dessa previsão legal: o advogado público que eventualmente atue em causa própria ou *pro bono*, no Estado de São Paulo, por menor que seja seu proveito econômico, ainda que fora do ambiente de trabalho e em causa sem qualquer vínculo de interesse com o ente que o remunera, sofrerá pena de demissão, sem necessidade de reincidência.

O legislador paulista, inexplicavelmente, parte de pressupostos descolados da realidade, como se o ritmo de trabalho, o compromisso, o cumprimento das tarefas cotidianas e dos prazos, a elaboração de pareceres e o acompanhamento processual fossem condutas humanas automáticas e padronizadas, na área jurídica.

Como adverte MOREIRA NETO, há os advogados maus e lentos, assim como há os bons e rápidos,

(...) de modo que não será por esse critério que se haverá de obter melhoras de produção profissional, mas, certamente, através do emprego de índices de desempenho, que revelem qualidade, o que pouco ou nada tem a ver com o tempo que cada profissional dedica a uma determinada causa.

Tais situações são amplamente conhecidas na já longa experiência das procuradorias de estado do país, muitas delas meritoriamente distinguidas como modelares casas de excelência profissional e que contam em seus quadros com um expressivo número de mestres, doutores, professores universitários e autores jurídicos de renome.³¹

³¹ Uma pretendida proibição de exercer a advocacia liberal imposta aos advogados públicos. Disponível em: <<http://www.rodineicandeia.com/2014/08/uma-pretendida-proibicao-de-exercer.html>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

A proibição do exercício da Advocacia Plena, aquela exercida de acordo com as regras do EAOAB, equivale a subtrair os advogados públicos do ambiente de competição e das renovadas experiências jurídicas dos insubstituíveis laboratórios que o mercado oferece, para reduzi-los a meros burocratas divorciados da complexa e cambiante realidade que a cada dia mais os desafia.

Ainda assim a lei paulista pune com demissão a conduta permitida pelo sistema de regulamentação da profissão do advogado. Afora sua incapacidade de insular completamente o advogado público do ambiente de construção jurídica, mergulhando-o em ambiente estéril e hermético, dificultando sua capacidade de influenciar na construção do direito e de interagir com todo o sistema, a proibição de advogar é uma medida meramente formal, porque não os impede de produzir estudos, artigos e pesquisas, remunerados ou não, expressando sua livre consciência jurídica, sobretudo quando se sabe que a dedicação exclusiva não impede o exercício do magistério na área jurídica.

Do ponto de vista do efetivo controle de conflito de interesses, é possível observar que o vínculo formal do advogado público com uma sociedade de advogados conduz ao impedimento do artigo 15, § 6º, do EAOAB, facilitando a investigação e a constatação de qualquer desvio ético configurado na violação desse comando legal. Imagine-se um escritório de advocacia familiar, e isso não é incomum, no qual o advogado público mantenha sociedade com seus pais, irmão, cônjuge, cunhados. Não seria mais útil à Administração Pública preservar o impedimento da sociedade de advogar contra ela? Ou será mais razoável impedir que o advogado público atue na advocacia privada, ao mesmo tempo em que toda a sua família fica liberada para patrocinar causas contra a Fazenda Pública que o remunera?

Esses questionamentos demonstram o quanto é questionável punir com demissão advogados públicos que, de acordo com a natureza e as características do seu labor, atuem em causas sem qualquer conflito com demandas ou interesses do ente que os remunera.

Em vez de procurar segregar os dois ramos, a unidade da advocacia favorece o exercício pleno da profissão, com a maior aproximação e compartilhamento de experiências e a progressiva assimilação de atitudes profissionais que permitam melhores e mais céleres resultados.

Esta singular experiência sem dúvida retornará para a atividade pública desempenhada pelo procurador, conferindo a ele um raciocínio jurídico muito

mais rico e dinâmico do que se estivesse limitado à experiência da advocacia pública, no atual estágio de progressiva democratização e consequente consensualização das relações sociedade-estado.

Além dos excelentes quadros que a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, por exemplo, perde recorrentemente em razão do estreitamento do campo de atuação dos seus membros, não é demais esclarecer que isso ocorre em razão também de assimetrias institucionais com os demais órgãos públicos integrantes do sistema de Justiça (Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública).

O isolamento profissional prende o advogado público em um ambiente burocrático que o torna refém não só da acomodação, do desânimo e da defasagem remuneratória, também encoberta por soluções heterodoxas para contornar o teto constitucional das demais carreiras jurídicas de Estado acima citadas. Esse ambiente produz um estado de aviltamento profissional que excede o problema financeiro e gera uma espécie de conflito peculiar, no qual a Administração Pública submete a independência técnica do advogado público, não por estratégias orgânicas, mas para benefício de interesses secundários.

Isso acontece quando comumente a Administração Pública sonega condições mínimas de exercício profissional, como estrutura e quadro de apoio; cria um ambiente de terror e intimidação do advogado público; impede o incentivo a sua atualização e qualificação profissional; e tolhe o aproveitamento simétrico de conhecimentos e experiências que o exercício pleno da advocacia oferece.

A Advocacia Plena, pelo que se vê, é compatível com a natureza das atribuições dos advogados públicos, com a realidade do processo eletrônico, com as vantagens do trabalho remoto que o uso da tecnologia de informação e comunicação viabiliza, com o princípio da eficiência, com a necessidade de otimizar a produtividade e com a redução dos custos operacionais.

A Advocacia Plena, no sentido da evolução da identidade profissional e da responsabilidade constitucional de construir soluções jurídicas para as políticas públicas, segundo padrões de juridicidade obtidos no dia a dia da Administração Pública, a exemplo do que ocorre na maior parte das unidades federadas, oferece aos advogados públicos o maior domínio da arte do diálogo, do debate e da negociação, para fazer frente aos desafios que a efetividade da jurisdição e a segurança jurídica impõem nos dias atuais.

7. CONCLUSÃO

Este trabalho demonstrou, à exaustão, a impossibilidade de as constituições estaduais e/ou leis orgânicas das carreiras da Advocacia Pública impedirem desarrazoadamente o exercício da Advocacia Plena pelos advogados ou procuradores públicos.

A importância da simetria de conhecimentos proporcionada pela Advocacia Plena torna patente a inconstitucionalidade de qualquer artifício para limitá-la, sobretudo quando o regime de trabalho é disciplinado de forma alheia à natureza das atribuições, aos campos de atuação, à experiência e à independência dos advogados públicos, em prejuízo dos serviços jurídicos do Estado.

8. REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. Parecer: Consulta prestada à Associação dos Procuradores do Distrito Federal – APDF acerca da constitucionalidade do art. 7º da Lei distrital nº 5.369, de 09 de julho de 2014, o qual destina aos membros integrantes do Sistema Jurídico do Distrito Federal² os honorários advocatícios devidos nas causas e nos procedimentos de que participem o Distrito Federal (“DF”) e as pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta, inclusive aqueles decorrentes de acordos. Brasília, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COELHO, Marcus Vinícius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, XXII. 2014. Rio de Janeiro. Rio 2014. Constituição Democrática e Efetivação dos Direitos. Anais, Volume II. Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Parecer sobre a regularidade do exercício da atividade advocatícia por integrante da carreira de Procurador do Estado do Paraná, aprovado em concurso público instaurado em 1989.** Consulta solicitada pela Associação dos Procuradores do Paraná – APEP. Brasília, 2015.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MADUREIRA, Cláudio. **Advocacia pública.** Belo Horizonte: Coleção Fórum/Anape, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Responsabilidade do Advogado de Estado. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado,** Rio de Janeiro, Centro de Estudos Jurídicos, Volume 63, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Uma pretendida proibição de exercer a advocacia liberal imposta aos advogados públicos.** Disponível em: <<http://www.rodineicandeia.com/2014/08/uma-pretendida-proibicao-de-exercer.html>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada.** 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Parecer nº 14.917, de 12 de março de 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.